



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

**PROCURADORIA GERAL
PARECER JURÍDICO**

Objeto: Contratação por inexigibilidade de licitação - Lei de Licitações - Lei 8666/93 - Direito Administrativo

Aportou nesta Procuradoria Jurídica para o exame e emissão de parecer jurídico A RESPEITO DE Inexigibilidade de licitação para contratação de serviços artísticos sui generis Com fundamento no art. 25, III da Lei Federal n.º 8.666/1993.

1. RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo instaurado com o objetivo de verificar a legitimidade da despesa referente à CONSTRUÇÃO de Monumento em homenagem a "ARI LUNARDI - O Pioneiro da Bondade", com a seguinte descrição:

“Monumento com armação de ferro e modelagens de resina e fibra de vidro, com cobertura de resina, fibra de vidro, cargas minerais (argamassa), epoxis, além da pintura automotiva, com 2,0 metros de altura, composto de duas peças (Doutor Ari e a criança – paciente). A construção da obra intitulada "ARI LUNARDI - O PIONEIRO Da BONDADE" deve seguir regimento o perfil desenhado pela artista Katielly Lanzini, juntamente com a planta técnica com verossimilhança relativa, já que seguirá uma ampliação em escala geométrica padrão, mantendo seu caráter realista, com pequenas adaptações de montagem, segundo o interesse estético. O alto relevo, ao fundo do monumento terá replicado o antigo hospital, com riqueza de detalhes”.

Referida descrição consubstancia com a plausibilidade da contratação por meio de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, III da Lei Federal n.º 8.666/1993.

A finalidade da contratação, conforme se depreende da leitura do Memorial, visa homenagear o Pioneiro do Município.

“Monumento "ARI LUNARDI - O Pioneiro da Bondade" - seguindo a mesma linha de vanguarda do monumento QUE HOMENAGEIA O CIDADÃO Julio Lunardi, apresentamos o cidadão benemérito em sua atividade que o referendou, de corpo inteiro, e acrescentando um personagem do povo, a criança, sendo atendida e orientada pelo experiente médico. Ou seja, pelo que se sabe, Lunardi era um daqueles médicos que transcendia a profissão, se superava, olhava pelos mais necessitados e não fazia vista grossa. Não media esforços, empenhava-se e



ESTADO DE SANTA CATARINA MUNICÍPIO DE XAXIM

sofria junto com seus pacientes, até encontrar a solução da dor e da doença. Isso tudo em primeiro plano, em forma de esculturas. Já no painel, ao fundo, com cerca de 3,5 x 2,5 metros, que já faz parte do projeto da praça, preenchemos todo ele com um alto relevo, desenhado e esculpido diretamente na argamassa a fresco, representando o lendário hospital São Pedro, com verossimilhança total.

A escultura do Dr. Lunardi será um pouco maior do natural. Se estivesse em pé, a escultura mediria cerca de 3 metros, mas sentado, não passa de dois metros. Ou seja, será mais um monumento, com a imponência e o formato que se espera, para ser visível de longa distância, como os demais projetos que se pretende, passem a ser vistos como novos cartões postais do município”.

Decorrencia disso verificou-se que o monumento atende a finalidade da contratação e a peça artística será produzida por regional e nacionalmente consagrado artista. Consagração esta largamente demonstrada pela juntada de matérias jornalísticas que dão conta das características únicas da produção artística do pretenso contratado.

O Curriculum demonstra a formação do artista:

Currículo resumido de Katielly Lanzini: Jornalista, Chargista, Escultora, Ilustradora, Publicitária. Entre os monumentos construídos destaca “Um Salto para a Glória” do Parajasc de Chapecó, o “Transportador”(praça de Concórdia), o “Touro” no Restaurante Spettus(Chapecó). “O Balseiro” – Goio-Em, a Camponesa de Colônia Cella, A “Passagem da Tocha” de São Lourenço do Oeste, “Fogo e Flor” também em homenagem a tocha olímpica em Chapecó. “O Indiozinho Guerreiro” - Mascote da Chapecoense. E centenas de peças de esculturas gigantes, alegorias, painéis, decorações para todo o país, além de construção de brinquedos para praças e parques temáticos; construção de papai Noéis e coelhos gigantes e outros temas como Halloween; confecção de esculturas de pequeno porte, bustos, placas, alto e baixos relevos em paredes, utilizando diversas técnicas e quase todos os materiais conhecidos como ferro, resinas, madeira, concreto, cerâmica, argilas, polímeros, sucata, plásticos, poliuretano, etc.

A descrição dos objetos foi realizada por meio do indigitado memorando e complementada pelo Termo de Referência constante dos autos.

Ademais, verifica-se que o artista já fora contratado pela Administração Pública para fornecimento de objetos similares. Com isso foi possível realizar o balizamento do preço cotado. No ponto, resta evidente a adequação do preço proposto com os já praticados anteriormente.

2. VIABILIDADE JURÍDICA DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A contratação direta pretendida, na hipótese de inexigibilidade de licitação, é perfeitamente possível, eis que encontra fundamento factual e legal. Senão vejamos.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

A Constituição da República impõe ao Poder Público o dever de observar o princípio instrumental da licitação, cuja finalidade - em termos simplórios - é propiciar a contratação mais vantajosa à Administração.

Art. 37, XXI - **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Tal princípio – o da licitação, por ser regra, deve ser lido da forma mais extensível quanto possível, ao passo que as exceções devem ser lidas e interpretadas de forma restritiva. Assim manda a boa hermenêutica por meio do enunciado da interpretação restritiva das regras de exceção. Na prática, licitar sempre quando possível, contratar sem licitação somente quando estritamente necessário.

Entretanto, a Carta Magna prevê expressamente a existência de casos que excepcionam o dever de licitar. São os casos das licitações tidas por inexigíveis, dispensadas ou dispensáveis.

A contratação ora sob análise se amolda à hipótese de inexigibilidade de licitação, eis que se subsume à hipótese do art. 25, III da Lei n.º 8.666/1993.

Visa-se a aquisição de peça artística confeccionadas por artista indubitavelmente consagrado que, no caso, tanto o é pela crítica especializada como também pela opinião pública.

Diante da subjetividade que permeia a contratação inferimos que não há parâmetros objetivos hábeis a autorizar disputa em âmbito concorrencial. Diante disso impõe-nos afirmar que a licitação, in casu, não é possível.

Marçal Justen Filho ensina que nestes casos:

“Torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as performances artísticas. Dai a caracterização da inviabilidade de competição.”

Isso porque a atividade artística consiste em emanação direta da personalidade e da criatividade humana e nessa medida é impossível verificar-se a identidade de atuações entre possíveis concorrentes.

“A arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação. A Administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato”.¹

¹ José dos Santos Carvalho Filho in Manual de Direito Administrativo, 22ª ed. Editora Lumen Juris. 2009. P. 258.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

Nesse diapasão segundo a Lei Federal n.º 8.666/1993:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Forçar a Administração Pública a realizar licitação, nestes casos, resultaria em prejuízos financeiros e em violação direta ao princípio da economicidade. O procedimento resultaria inútil e contrário ao interesse do Poder Público e, no ponto, não se olvide os altos custos dispendidos pela Administração toda vez que realiza licitações, seja com a mobilização do aparato técnico ou administrativo que utiliza para levar a cabo o procedimento.

Imaginemos que lançássemos mão de licitação na modalidade concurso para prover a necessidade pública a ser satisfeita. Quais seriam os parâmetros objetivos que poderíamos elencar no instrumento convocatório a fim de garantir a isonômica participação de – frise-se – possíveis artistas?

Ademais, a aquisição da obra artística não se dá única e exclusivamente em razão da peça de per si, mas também em virtude da carga valorativa cultural que a peça encerra; e aí, nesse ponto em particular, o fator reconhecimento sobreleva-se à importância basilar, que condiciona a escolha do contratado, de modo a torná-la tão subjetiva que não se coadunaria sequer com a modalidade licitatória comumente aplicada a escolha de produtos artísticos.

Diante do contexto factual, não seria viável lançar mão de licitação porque indubitavelmente estamos diante da ausência do seu pressuposto lógico. E mesmo que não lhe faltasse tal premissa, a doutrina é pacífica em reconhecer que a inexigibilidade abrange também os casos em que a contratação necessária a satisfazer a necessidade estatal é incompatível com a natureza do procedimento licitatório, o que seria suficiente para proceder-se a inexigibilidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Marçal Justen Filho, ao analisar o caput do art. 25, com a costumeira precisão, ensina:

“Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para o bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e se, esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput.”

E arremata o saudoso Hely Lopes Meirelles:



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

“casuísmos e a inépcia do legislador não podem ser invocados para impor o procedimento licitatório quando este se mostrar absolutamente incompatível com a orientação pretendida pela Administração”

3. REQUISITOS LEGAIS DA LEI N.º 8.666/1993

Conforme já falamos, a contratação sob análise amolda-se à hipótese do art. 25, III da lei de Licitações e Contratos:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Da leitura do dispositivo, pode-se depreender a existência de três pressupostos legais para a regularidade da inexigibilidade de licitação no caso de contratação de artistas, a saber:

- 1) Que o serviço seja de um artista profissional;
- 2) Que a contratação seja realizada diretamente ou mediante empresário exclusivo;
- 3) Que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

4. DO ARTISTA PROFISSIONAL

Para a definição de artista, bem como o requisito necessário para a demonstração de seu profissionalismo, valemo-nos da lição do ilustre mestre Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, na obra “Contratação Direta sem Licitação”, Ed. Fórum, 6ª ed, pp. 726:

“Artista, nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, por meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública.”

A lei refere-se à contratação de artistas profissionais – definidos pelos parâmetros existentes em cada atividade – excluindo da possibilidade da contratação direta os artistas amadores. Destarte, só os artistas profissionais podem ser contratados com fulcro nesse dispositivo.

5. CONTRATAÇÃO REALIZADA MEDIANTE EMPRESÁRIO EXCLUSIVO OU DIRETAMENTE

A segunda questão diz respeito à contratação direta do artista ou por meio de empresário exclusivo. Como se vê, a presente contratação é realizada diretamente com o artista.

6. CONSAGRAÇÃO PELA CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA



ESTADO DE SANTA CATARINA MUNICÍPIO DE XAXIM

O terceiro pressuposto diz respeito à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Para a comprovação desta condição, cumpre ao administrador justificar a escolha do contratado, na forma do art. 26, parágrafo único, III da Lei nº 8.666/93. Os documentos juntados são hábeis a comprovar a atividade artística e consiste em emanção direta da personalidade. A necessidade do Município relaciona-se com o desempenho artístico propriamente dito, dispensando-se seleção do melhor para atribuir-lhe um destaque, mas de obter os préstimos de um artista para atender a concreta necessidade pública, tornando-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento.

Fica demonstrado nos autos os motivos de convencimento da consagração do artista: premiações recebidas, participações em eventos importantes, obras de arte relevantes, convites para apresentação em locais de destaque, dentre outros. Ainda, a notória fama, em que o próprio nome do artista dispensa qualquer tipo de comprovação.

7. DA LEGITIMIDADE DA DESPESA

Dentro do atual contexto constitucional, a regularidade da despesa pública não é aferida somente em cotejo ao princípio da legalidade. Deixamos de nos questionar unicamente se a despesa atende aos ditames da lei em sentido estrito e passamos a analisá-la sob o aspecto da legitimidade, da moralidade, da eficiência, da razoabilidade.

O homenageado é consagrado na história do município pelo seu pioneirismo, sendo dispensável a transcrição da literatura para demonstrar seus feitos e seu empreendedorismo, dada a notória constatação na sociedade.

A justificativa que transcrevemos é capaz de demonstrar a legitimidade da obra a ser contratada:

“São muitas as perspectivas de divulgação da obra, associada ao segmento cultural, e turístico do município de Xaxim, enriquecendo este setor no Município. Caberá aos atuais e futuros administradores do setor cultural e turístico, associado com as lideranças empresariais, forças vivas da comunidade, clubes de serviço, sindicatos e associações, aproveitar este produto para divulgar a cidade, seu povo, suas lutas e realizações. O aproveitamento da temática passa também pela edição de livros, panfletos, construção de um site exclusivo, até mesmo uma Fundação que possa resultar na construção de um Museu, por exemplo.”

8. DA ESCOLHA DO FORNECEDOR E DO PREÇO

Os trabalhos na arte de monumentos artísticos realizados pelo artista plástico são reconhecidos regionalmente e mesmo nacionalmente, conforme se depreende das obras já expostas cuja cópia exemplificativa acompanha o presente.

O preço foi devidamente verificado por meio de comparação com os anteriormente praticados pelo pretenso contratado com órgãos da Administração Municipal de Chapecó/SC e São Lourenço do Oeste/SC, de onde se verificou sua compatibilidade.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

O contrato com o Município de Chapecó/SC de outubro de 2015, o qual anexamos ao presente, pactuou a confecção de obra de caráter artístico denominado “Bota do Papai Noel”, constituindo-se em estrutura razoavelmente assemelhada às dimensões do objeto a ser contratado pelo município de Xaxim/SC, sendo o preço daquele monumento artístico realizado por R\$ 31.850,00 (trinta e um mil, oitocentos e cinquenta reais).

O contrato com o Município de São Lourenço do Oeste/SC, de cujo anexamos ao presente, pactuou a confecção de obra de caráter artístico denominado “Fogo olímpico: da Grécia para o mundo”, constituindo-se em estrutura razoavelmente assemelhada às dimensões do objeto a ser contratado pelo município de Xaxim/SC, sendo o preço daquele monumento artístico realizado por R\$ 19.250,00 (dezenove mil, duzentos e cinquenta reais).

Demonstrou-se também a disponibilidade orçamentária necessária da despesa.

9. CONCLUSÃO

O parecer da procuradoria-geral é, especialmente pelas singularidades das obras e pela consagração do artista, conforme demonstrado, pela realização de processo licitatório na modalidade de inexigibilidade de licitação.

A contratação deve ser realizada diretamente com o artista ou por meio de empresário exclusivo.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Xaxim/SC, 17 de outubro de 2016.

LUÍS ANTONIO CIPRIANI
OAB/SC 35698 – Procurador-Geral

PEDRO RUI RODRIGUES
OAB/SC – 8.754 – Subprocurador-Geral